

# O SISTEMA RECURSAL PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E PARTICULARIDADES DOS EMBARGOS INFRINGENTES PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

JAIR JOSÉ PERIN

*Advogado da União em Porto Alegre – RS, PRU 4ª Região*

*Sumário:* 1. Introdução – 2. A classificação do sistema recursal – 3. Pressupostos recursais – gerais e especiais – 4. Os embargos infringentes – 4.1 Algumas especificidades dos embargos infringentes para a interposição dos recursos especial e extraordinário – 5. Conclusão – Bibliografia

**PALAVRAS CHAVE:** Recursos. Processo Civil. Embargos infringentes. Recurso especial. Recurso extraordinário.

## 1. Introdução

O sistema recursal surge como uma necessidade imanente à própria condição humana, seja pelo reconhecimento da falibilidade dos responsáveis pela prestação jurisdicional, seja pelo fator psicológico de insurgência e irresignação que brota de dentro da pessoa que tem a seu desfavor uma decisão judicial.

Houve tempo em que as decisões judiciais eram irrecorríveis, tanto no cível como no criminal. Isso foi ao tempo das *legis actiones* e do regime formulário do Direito Romano, sendo que aqui, em alguns casos, existiam exceções, por exemplo,

quando houvesse uma sentença iníqua ou nula.

Posteriormente, o próprio Direito Romano evoluiu no sentido de admitir a recorribilidade das decisões em mais larga escala.

Porém, com a queda de Roma e a ascensão dos bárbaros, a influência do Direito Germânico fez com que houvesse um retrocesso no que se refere à recorribilidade das decisões, tendo em vista a própria sistemática da prestação jurisdicional desse Direito.

No Sistema Feudal, as decisões continuavam, basicamente, irrecorríveis, onde quem prestava a atividade jurisdicional era o próprio senhor feudal.

No século XII, o Direito Canônico prevê os recursos, nos moldes do Direito Romano, fruto da própria

evolução histórica do poder, quando os senhores feudais perdem prestígio e espaço político para os imperadores. O surgimento dos imperadores foi uma forma de a classe burguesa, que começa a conquistar espaço econômico, político e social, fragilizar o sistema feudal. Só que nessa fase, na esfera judicial, houve um exagero da própria recorribilidade das decisões, porquanto haviam juízes proprietários de cargos, quando o sistema permitia o crescimento da renda destes. Com isso, ocorreu o desmerecimento da Justiça, transformada em objeto de comércio durante muitos séculos.

Com a Revolução Francesa, no século XVIII, o princípio do duplo grau de jurisdição ganha força e corpo, tornando-se uma realidade que tem estado cada vez mais presente nos direitos dos estados, em que pese as críticas, umas fundamentadas e outras levianas, que são dirigidas a esse modelo.

O princípio do duplo grau de jurisdição reza que a causa decidida por órgão de grau inferior seja submetida a órgão de grau superior. Isso faz com que o juiz prolator da decisão tenha mais zelo na prestação jurisdicional, bem como permite um aprimoramento da Justiça, já que, em regra, os juízes superiores são mais experientes e decidem, quase sempre, de forma colegiada.

Além disso, como já salientado, o sistema permite: neutralizar sensi-

velmente a própria falibilidade humana inerente ao prestador da jurisdição, e a maior aceitação da pessoa que tem uma decisão a seu desfavor.

Assim, tomando a definição de Barbosa Moreira, recurso “é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”. Com mais detalhes, Nelson Luiz Porto conceitua recurso como “o meio processual através do qual pode a parte impugnar, dentro do processo, portanto, endoprocessualmente, um pronunciamento judicial que lhe tenha causado prejuízo ou gravame, material ou processual, objetivando a modificação (reforma), anulação (invalidação), esclarecimento ou integração desse pronunciamento...”

## 2. A classificação do sistema recursal.

Podemos classificar o sistema recursal adotado pela Lei Processual brasileira, em ordinário e excepcional.

O sistema recursal ordinário é aquele em que o reexame da matéria fática e legal ocorre de forma mais abrangente. A justificativa para essa maior abrangência reside na própria essência do princípio do duplo grau de jurisdição, em que a decisão proferida de forma inicial, seja interlocutória como definitiva, tem a oportunidade de ser analisada fática e juridicamente, pela primeira vez.

Os recursos ordinários previstos na Lei Processual Civil brasileira são os seguintes: apelação, agravo (retido ou por instrumento), embargos declaratórios, embargos infringentes, e recursos ordinários para os Tribunais Superiores.

O recurso de *apelação* é previsto para atacar a decisão definitiva com julgamento do mérito (art. 269 do CPC), e a terminativa do processo sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC), proferida pela primeira vez pelo órgão jurisdicional competente.

Praticamente com a mesma finalidade do recurso de apelação, existe a previsão da remessa necessária (art. 475, CPC), sendo que esta, pela suas características e finalidade (proteção de direitos indisponíveis), não tem a natureza estrita de recurso ordinário.

Comentando este artigo, assim expressam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Natureza jurídica. Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.”

Assim, não pode subsistir o argumento levantado nos Tribunais de que o reexame necessário se equívale ao recurso de apelação, já que a devolutividade da matéria é distinta.

Inclusive, ao reexame necessário não poderia haver aplicação do art. 557 do CPC, já que este somente se dirige, nos seus termos, a recursos voluntários, os quais se encontram elencados taxativamente (*numerus clausus*), ou seja, em rol exaustivo, no Código de Processo Civil. É que na apelação, por ser recurso voluntário, onde a parte recorrente delimita a extensão da insurgência, há condições de imediatamente o relator, no juízo de admissibilidade, constatar se, efetivamente, a matéria devolvida está enquadrada nos termos do art. 557 do CPC, coisa que não acontece no reexame necessário. A distinção é fundamental, pois é esta justamente a *mens legis* contida na Lei Processual Civil, já que visa proteger o interesse público também na esfera judicial.

Assim expressam-se os doutrinadores Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, ao abordar o art. 496 do CPC:

“Interpretando-se literalmente o dispositivo legal transcrito acima, pode-se concluir, em vista da utilização da expressão ‘seguintes’, que os recursos admitidos em nosso ordenamento jurídico são aqueles inseridos no dispositivo legal, bem assim os outros previstos no próprio CPC e em leis extravagantes.”

Desse modo, por esse princípio somente são considerados recursos “os meios impugnativos assim denominados e regulados na lei processual”, em *numerus clausus*, ou seja, em rol taxativo.

Não estão, portanto, compreendidos nesse rol a correição parcial, a *remessa necessária* (art. 475 do CPC – não é recurso, mas “condição de eficácia da sentença, que embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal”) e o pedido de reconsideração.” (*Grifamos*).

Prosseguem os doutrinadores citados em relação ao reexame necessário:

“Não se trata de recurso, por não se submeter, em muitos aspectos, à teoria geral dos recursos e aos princípios gerais dos recursos, faltando-lhe:

- a) tipicidade
- b) voluntariedade
- c) dialeticidade
- d) legitimidade
- e) interesse em recorrer
- f) preparo”

O recurso de *agravo retido* consiste em impugnar a decisão interlocutória, sem formação do instrumento, evitando, com isso, a preclusão da questão resolvida, a fim de que, quando do recurso de apelação, o tribunal competente decida, preliminarmente, a respeito da

decisão combatida em momento processual anterior.

O recurso de *agravo de instrumento*, nos mesmos moldes do retido, serve para impugnar uma decisão interlocutória, sendo que nesse, segue, por instrumento (peças processuais exigidas legalmente), imediatamente, no prazo recursal, para o tribunal, com a finalidade do processamento e julgamento do mesmo, que deverá ocorrer antes do julgamento da apelação.

O recurso de *embargos declaratórios*, que alguns doutrinadores não consideram como tal, destina-se a sanar omissões, contradições, e/ou obscuridades existentes na decisão (sentença ou acórdão). Esse recurso, na verdade, integra a própria decisão a que se refere, podendo, em casos excepcionalíssimos, ter caráter infringente, ou seja, de modificar o conteúdo da decisão. Essa possibilidade de infringência reforça a tese daqueles que defendem a natureza recursal dos embargos declaratórios, sem considerar que o Código de Processo Civil os enumera como recurso.

O recurso de *embargos infringentes*, cabível contra acórdão não-unânime que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória, na exata medida da divergência das conclusões dos votos.

Os *recursos excepcionais* se dividem em extraordinário, especial e

embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

A denominação de recursos excepcionais, é devida ao fato de que esses recursos somente podem ser interpostos quando houver um questão constitucional (recurso extraordinário) em debate no julgado nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, e/ou uma questão infraconstitucional (recurso especial) conforme o art. 105, III, da Carta Fundamental.

Por isso, as suas admissibilidades são mais restritas, haja vista que visam a uniformizar os entendimentos a respeito do Direito Constitucional e/ou infraconstitucional envolvidos nos julgados, desde que preenchidos os pressupostos processuais exigidos.

### 3. Pressupostos recursais – gerais e especiais

Os pressupostos recursais gerais são aqueles que devem estar presentes em todo e qualquer recurso. De um modo geral, são os seguintes:

a – Recorribilidade do ato decisório: Nem todas as decisões são passíveis de impugnação. A lei é que define quais podem ser atacadas;

b – Legitimidade: Somente a possui a parte que for sucumbente em toda ou em alguma parte na decisão, os terceiros prejudicados e o Ministério Público, este quando não for parte sucumbente, como fiscal da lei, desde que estejam presentes

os requisitos exigidos pela lei para atuar nesse sentido;

c – Interesse recursal: Está assentado no prejuízo que a decisão causou às partes legitimadas, quando, por meio do recurso, pretendem o reexame da decisão e a prolação de outra mais favorável. Por ser recurso de interesse da parte prejudicada, não pode haver reforma da decisão para pior (proibição do *reformatio in pejus*).

Segundo o doutrinador Nelson Nery Junior, para o interesse recursal estar configurado, é imprescindível a presença do binômio *necessidade + utilidade*. A necessidade de interpor o recurso surge quando for o único meio para obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada. Se ele puder obter a vantagem sem a interposição do recurso, não estará presente o requisito do interesse recursal.

O conceito de utilidade está intimamente ligado à idéia de sucumbência, gravame. A sucumbência é constatada de forma objetiva, sendo necessário, apenas, examinar-se a decisão impugnada, e ver se o recorrente teve sua esfera jurídica atingida, piorada, ou não recomposta;

d – Tempestividade: Para ser interposto o recurso, devem ser observados os prazos legais fixados, sob pena de preclusão ou trânsito em julgado da decisão;

e – Depósito e recolhimento das custas (Preparo): Devem ser feitos

nos termos exigidos pela lei, sob pena de deserção recursal;

f – Adequação e singularidade recursal: O recorrente deve optar pelo recurso colocado à sua disposição pela lei (autorização legal) para impugnar determinada espécie de decisão. Não poderá interpor mais de um recurso para uma mesma decisão, já que vige o princípio da unirrecorribilidade. Inclusive, existia pela Lei Processual, a previsão de exceção à regra, quando houvesse, em decisão de apelação, parte unânime e parte não-unânime, sendo que aquela deveria ser atacada, caso cabível, por recurso extraordinário e/ou especial, e esta por embargos infringentes. Porém, em face da mudança de Lei Processual Civil, por intermédio da Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que deu nova redação ao art. 498, a unirrecorribilidade também nesse caso passou a vigorar, porquanto, primeiro, a parte sucumbente interpõe o recurso de embargos infringentes para, posteriormente, ingressar com o recurso especial e/ou extraordinário.

No que se refere à adequação, em caráter excepcional, é admitida pela Jurisprudência a aplicação do princípio da fungibilidade, quando, e.g., pela lei processual, há dificuldade em discernir qual recurso é o adequado para atacar determinada decisão. Porém, não pode ser por erro grosseiro.

g – Observância das formalidades legais: Consiste em seguir to-

das as exigências legais estipuladas para o seguimento de determinado recurso. Logicamente que nesse pressuposto, praticamente, todos os demais pressupostos acima nomeados estão contidos, mas a sua citação serve para abarcar outras formalidades que a lei prevê para o êxito do recurso.

No referente aos pressupostos especiais para a interposição de determinado recurso, podem ser considerados aqueles inerentes a cada espécie recursal.

Os recursos especial e extraordinário são os que mais exigem a observância de pressupostos especiais pela própria finalidade que possuem. Esses recursos não se prestam, como terceiro ou quarto grau de jurisdição, para corrigir determinadas injustiças ocorrentes na decisão impugnada. Apenas objetivam a uniformização de entendimento da lei federal (recurso especial) e da Constituição Federal (recurso extraordinário).

Podem ser enumerados, como regra, os seguintes pressupostos especiais:

a – Prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias: Decorre do enunciado constante da Carta Magna quando dispõe nos arts. 102, III, e 105, III: *causas decididas em única ou última instância*. Essa expressão denota que todos os recursos ordinários previstos legalmente, e possíveis de utilização, devem ter sido esgotados. A Súmula

281 do Supremo Tribunal Federal reza a respeito: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

No mesmo sentido, a Súmula 207 do Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

b – Necessidade do prequestionamento: Este ocorre quando o tribunal de origem tenha enfrentado e se manifestado no acórdão a respeito da questão constitucional ou federal. A exigência do prequestionamento decorre do constante das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, e da 211 do Superior Tribunal de Justiça, as quais dispõem respectivamente:

“282 – É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

“356 – O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”

“211 – Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

A respeito do prequestionamento, pairam vacilações jurisprudenciais no que se refere à forma como este deve

ocorrer, se explícita ou implicitamente, e quanto a sua abrangência, se apenas o assunto em si ou também o próprio dispositivo que o recorrente alega como violado. Enquanto não houver uma firme posição jurisprudencial, é conveniente, para uma maior segurança quanto ao êxito da admissibilidade do recurso excepcional, que o prequestionamento seja explícito com o enfrentamento do tema e do dispositivo legal considerado violado.

c – Enquadramento específico nas hipóteses arroladas nas alíneas do inciso III do art. 102 (recurso extraordinário), e nas alíneas do inciso III do art. 105 (recurso especial):

Pela alínea “a” do inciso III do art. 102, cabe destacar que somente é admitido o recurso extraordinário, caso a violação apontada for direta e frontal a dispositivo constitucional, não sendo admitida a contrariedade reflexa.

Já pela alínea “b”, o recurso extraordinário é cabível, caso a decisão do tribunal *a quo* (de origem) tenha declarado a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal. Logicamente que o recorrente deverá demonstrar explicitamente que a decisão recorrida não está em consonância com o disposto na Carta Magna, seja expressa ou implicitamente.

Pela alínea “c”, é cabível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da

Constituição”. Aqui, o entendimento que deve ser emprestado à expressão destacada é de que a mesma diz respeito a leis estaduais e municipais.

No que se refere ao recurso especial, pela alínea “a” do inciso III do art. 105, da Carta Fundamental, este é admitido, quando a decisão recorrida contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal, de forma direta ou frontal, não sendo admitida a violação via reflexa. Muito cuidado deve existir quanto à caracterização da expressão “lei federal”; sendo razoável observar que cada espécie legislativa deve possuir uma densidade normativa de efeitos gerais e não específicos.

Pela alínea “b”, o recurso especial é possível, quando a decisão recorrida tenha aplicado lei ou ato de governo local conflitante com o dispositivo federal considerado.

Por fim, pela alínea “c”, do inciso III, do art. 105 da Carta da República Federativa do Brasil, o recurso especial poderá ser interposto quando a decisão recorrida “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”. Aqui o acerto da decisão estará com outro tribunal. Cabe salientar que deve existir um confronto analítico muito pormenorizado, a fim de demonstrar a identidade dos pressupostos fáticos dos acórdãos em confronto, bem como a referência ao mesmo dispositivo legal aplicado pelas duas decisões. Na análise dessa alínea, não se pode deixar de

mencionar a Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

d – Observância da inexistência de fundamento suficiente capaz de prejudicar o recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa.

Esse pressuposto decorre do expresso nas Súmulas 283 e 126, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, as quais dispõem:

“É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

Por isso, da necessidade da parte recorrente, quando a decisão recorrida tiver fundamento constitucional e infraconstitucional, interpor, simultaneamente, os recursos extraordinário e especial. Nesse caso, será observada a regra constante no art. 543 do Código de Processo Civil.

#### 4. Os embargos infringentes.

De acordo com a nova redação dada ao art. 530 do Código de Pro-



cesso Civil, pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o recurso de embargos infringentes pode ser utilizado “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.” Ainda, a nova redação prevê que, caso o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. Por essa ressalva, fica evidente que a *mens legis* contida na Lei Processual é no sentido de que a parte recorrente somente poderá se beneficiar do contido no voto vencido, não podendo pleitear além do constante na parte dispositiva do referido voto. Essa regra apenas sofre exceção quando estiver envolvida matéria de ordem pública, a qual pode ser apreciada em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil. De acordo com o entendimento jurisprudencial, as matérias de ordem pública podem ser conhecidas, de ofício, até o esgotamento dos recursos ordinários. Nessa esteira é a posição jurisprudencial, consubstanciada na seguinte ementa:

“Processo civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Embargos infringentes. Matéria de ordem pública. Acórdão. Ausência de fundamentação. Nulidade.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de embargos infringentes, deve-se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que esta

não esteja inserida no âmbito devolutivo deste recurso, isto é, ainda que a questão de ordem pública não se inclua nos limites da divergência. Precedentes.

Em decisão colegiada tomada por dois votos a um, estando o voto condutor do acórdão ausente de fundamentação, deve ser declarada a nulidade do julgamento proferido, diante do manifesto prejuízo ocasionado à parte sucumbente.

Recurso especial a que se dá provimento.” (Resp 284523/DF, 3ª Turma, Relator Ministro Nancy Andri ghi, publicação no DJ de 25/6/01, p. 173)

No recurso especial e extraordinário o conhecimento de ofício da matéria de ordem pública não pode ocorrer. A razão reside no fato de que, para os recursos excepcionais, existe a necessidade do prequestionamento, e sua fundamentação é vinculada. Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravamento no Agravo de Instrumento. Processual Civil. Fundamentos da Decisão Agravada. Impugnação específica. Tribunal *a quo*. Juízo de admissibilidade. Matéria de ordem pública. Via especial.

Impossibilidade de conhecimento de ofício e sem prequestionamento.

Não se conhece o Agravo de Instrumento que deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

A decisão que admite, ou não, o recurso especial, deve ser fundamentada, com o exame dos seus pressupostos gerais e constitucionais (Súmula 123 do STJ).

O recurso especial é de fundamentação vinculada, não sendo possível, na via especial, o conhecimento de questões de ofício e sem prequestionamento, ainda que se trate de matéria de ordem pública.” (Agravamento no Agravo de Instrumento n. 405746/SP. (2001/0098955-9), 3ª Turma, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, publicado no DJ de 25/02/2002, p. 380)

No que tange ao cabimento dos embargos infringentes, como se nota, após a edição da Lei acima identificada, houve uma restrição quanto à possibilidade de utilização desse recurso, pois do acórdão de apelação somente será cabível se ocorrer reforma da sentença de mérito e, logicamente, se existir voto vencido favorável ao sucumbente. Quando o acórdão mantiver no julgamento da apelação, mesmo por maioria, a sentença de mérito, não serão mais cabíveis os embargos infringentes.

No referente à ação rescisória, os embargos infringentes somente poderão ser utilizados, pela parte sucumbente, caso o acórdão não-unânime julgar procedente a ação rescisória, e o voto vencido atender aos interesses da parte que sofreu a sucumbência. Na mesma linha da apelação, se porventura o julgamento for pela improce-

dência da ação rescisória, ou seja, mantiver a decisão rescindenda, mesmo existindo voto vencido a favor da parte sucumbente, não será possível a utilização do recurso de embargos infringentes.

Como lembra o doutrinador Humberto Theodoro Júnior, o recurso de embargos infringentes visa atacar tão-somente a parte dispositiva da decisão, de modo que não é lícito utilizá-lo apenas para alterar premissas, antecedentes ou fundamentações do voto que a justifica.

Em face do caráter célere e rito especial do mandado de segurança, não cabem embargos infringentes do acórdão que decide a apelação e/ou remessa oficial.

No agravo de instrumento, em casos restritos, a jurisprudência tem admitido embargos infringentes, quando houver extinção do processo com ou sem julgamento do mérito. Esse entendimento, ao que parece, com a edição da Lei n. 10.352/2001, passará por uma restringenda quanto ao cabimento, porquanto, com a nova redação dada ao art. 530 do CPC, somente cabem embargos infringentes quando na decisão de apelação houver reforma da sentença de mérito. Assim, se o conteúdo da decisão de agravo de instrumento, que extinguir o processo, for no sentido de julgamento do mérito, continuará a caber os embargos infringentes. Porém, como o cabimento de em-

bargos infringentes em agravo de instrumento é decorrência de entendimento jurisprudencial, somente resta aguardar o pronunciamento do Poder Judiciário a respeito do assunto.

Cabem, também, embargos infringentes, quando houver divergência em embargos de declaração. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é expressa na seguinte ementa:

“Processual Civil. Locação. Divergência em Embargos de Declaração. Voto vencido com caráter modificativo. Possibilidade. Embargos Infringentes. Cabimento nos limites da divergência.

O voto vencido integra o acórdão exarado em embargos de declaração, proferido em sede de apelação, nada obstando que a posição minoritária, entendendo ocorrida a omissão, e julgando necessário, empreste as suas razões caráter infringente.

É cabível o manejo de embargos infringentes com fundamento em voto vencido proferido em embargos de declaração, nos limites da divergência observada.

Recurso conhecido e provido.”

(Resp 85021/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, publicação DJ de 01/7/1999, p. 192).

No que tange ao cabimento do recurso de embargos infringentes, havendo voto vencido em reexame

necessário, ilustrativos são os comentários feitos pelo doutrinador José Carlos Barbosa Moreira, quando consigna:

“Embora não se identifique com a apelação, nem constitua tecnicamente recurso, no sistema do Código, razões de ordem sistemática justificam a admissão de embargos infringentes contra acórdãos por maioria de votos no reexame da causa *ex vi legis* (art.475). É ilustrativo o caso da sentença contrária à União, ao Estado ou ao Município: se a pessoa jurídica de direito público apela, e o julgamento de segundo grau vem a favorecê-la, sem unanimidade, o adversário dispõe sem dúvida alguma dos embargos; ora, não parece razoável negar-lhe esse recurso na hipótese de igual resultado em simples revisão obrigatória – o que, em certa medida, tornaria paradoxalmente mais vantajoso, para a União, o Estado ou o Município, omitir-se do que apelar.”

#### **4.1 Algumas especificidades dos embargos infringentes para a interposição dos recursos especial e extraordinário.**

De conformidade com o já exposto, os textos constitucional e legal exigem, para a interposição de recurso excepcional, o prévio esgotamento dos recursos ordinários cabíveis.

No que se refere ao recurso de embargos infringentes, por estar na cadeia dos recursos ordinários, preci-

sa ser utilizado, sob pena de não admissão dos recursos especial e extraordinário. Inclusive a esse respeito, a Súmula nº 207 do Superior Tribunal de Justiça é clara: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.”

Partindo dessa regra, da necessidade de esgotamento dos recursos ordinários, algumas interrogações exsurtem a respeito dos embargos infringentes, haja vista que, conforme exigência legal e entendimento jurisprudencial, somente a parte recorrente (sucumbente) poderá pleitear o contido na parte dispositiva do voto vencido, independentemente de não atender integralmente o desejo da parte.

Importante ressaltar, que a inquietação aqui trazida à tona somente se concretizará quando não houver matéria unânime, porque, do contrário, como fica claro na Lei Processual, o recurso a ser utilizado dessa parte do acórdão somente pode ser o excepcional.

Num juízo de admissibilidade precipitado, ou seja, simplista, tanto no juízo *a quo* como no *ad quem*, poderá ser entendido, caso o recorrente ingresse diretamente com o recurso excepcional, ou seja, sem a utilização dos embargos infringentes, que àquele mesmo lhe falta o preenchimento de um dos pressupostos específicos para o seu prosseguimento, que é o esgotamento dos recursos ordinários.

Entretanto, essa análise perfunctória, ao que parece, não pode prosperar, em virtude de que nem sempre o voto vencido atende aos interesses jurídicos do recorrente (sucumbente).

Por outro lado, poder-se-ia aventar que, como é uma imposição legal o esgotamento dos recursos ordinários, a parte sucumbente deve ingressar com os embargos infringentes, malgrado não lhe atender os anseios, e, posteriormente, mesmo que o Tribunal dê provimento, teria fundamento legal à interposição do recurso excepcional, para, daí sim, buscar o bem da vida almejado. Ao que parece, essa posição não subsiste frente aos princípios e pressupostos exigidos para a parte ingressar e ter êxito na admissibilidade, no processamento e no julgamento do recurso interposto, como: a instrumentalidade, a celeridade processual, a economicidade processual, a preclusão processual, a sucumbência, o interesse recursal, a unirrecorribilidade (singularidade) e a legitimidade, entre outros. Dentre os enumerados, a maioria foi comentada nessa exposição, restando tecer alguma consideração a respeito da instrumentalidade, da celeridade processual, da economicidade processual e da preclusão processual. O princípio da instrumentalidade se preocupa em manter o processo como um mecanismo célere e ético a serviço da sociedade e do Estado, despiando-o de formalismos exagerados que não atendam a sua finalidade substancial, que é a rápida prestação jurisdicional.

O princípio da celeridade condena expedientes processuais que visem apenas delongar, ainda mais, sem nenhuma utilidade, a prestação do direito material, que é o fim norteador do devido processo legal. Expedientes burocráticos e morosos são condenados por esse princípio.

Referentemente ao princípio da economia processual, é importante ter presente que este deve orientar o legislador e o aplicador do direito a buscarem o maior resultado possível com o mínimo de esforço e dispêndio (custo). Porém, isso não pode significar a inobservância das garantias constantes no princípio do devido processo legal.

Por fim, cabe analisar perfunctoriamente o princípio da preclusão processual. Por esse princípio, as questões que deixaram de ser abordadas, ou suscitadas e apreciadas dentro do prazo legal, não podem ser novamente, em ato posterior, reapreciadas. A razão para essa “penalização”, reside no fato de que o processo deve ter seu curso para frente, a fim de ser evitada a sua marcha interminável: Existem três espécies de preclusão: *temporal*, ocorre quando a parte deixa de realizar um ato dentro de determinado prazo; *lógica*, impede a realização de um ato incompatível com outro já executado e consumado; *consumativa*, que não admite a repetição de ato processual já exercido e consumado.

Por conseguinte, há condições de sustentar, com consistência, que o

recurso de embargos infringentes somente deva ser utilizado em acórdão por maioria, quando o voto vencido realmente atenda aos interesses da parte sucumbente, ou seja, àquela que deseja interpor recurso.

Do contrário, ocorrerá a situação em que a parte terá apenas uma solução: aceitar aquilo que o voto vencido lhe defere, logicamente quando provido o recurso de embargos infringentes.

O doutrinador Giovanni Mansur Solha Pantuzzo, citando a posição de Samuel Monteiro, expressa que não cabem embargos infringentes, malgrado decisão não-unânime, quando o voto vencido for prejudicial. Essa prejudicialidade deve ser entendida no sentido de que a decisão não atende integralmente ao desejo da parte. Assim, mesmo que haja uma melhora para a parte, ainda sucumbente, na parte dispositiva do voto vencido em relação à do voto vencedor, mas que não lhe atenda as suas pretensões, principalmente quando vislumbrar violação direta a princípio e/ou norma constitucional e/ou infraconstitucional, não pode ser exigida a utilização dos embargos infringentes, para só então ser permitido acesso ao apelo extremo.

Essas colocações ganham mais reforço quando se analisa a situação em que são partes sucumbentes a União, os Estados e os Municípios, representados pelos seus procurado-

res legais, e o Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, porquanto essas Entidades não podem dispor do patrimônio público e dos interesses jurídicos em jogo na demanda. Vamos exemplificar: imagine-se uma situação em que o Ente Estatal busca se eximir de uma indenização pleiteada correspondente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e que o voto vencido tenha dado parcial atendimento a seu interesse, no sentido de apenas condená-lo a indenizar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Numa primeira análise, conclui-se que os embargos infringentes são obrigatórios, pois o voto vencido é mais favorável. Porém, não é essa também a condenação desejada e que deva ser extraída do ordenamento jurídico. Logo, não pode ser obrigatório o uso dos embargos infringentes para fazer prevalecer a condenação constante no voto vencido, sob pena de, caso providos os embargos, ter que suportar uma “vitória” amarga, e a qual não poderia ter aceito, já que estava em jogo o interesse público indisponível.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que, mesmo havendo provimento ao recurso de embargos infringentes, a parte, dessa decisão, teria a possibilidade legal de ingressar com o recurso excepcional. Entretanto, como já salientado acima, referida solução agride diversos pressupostos de admissibilidade dos recursos.

Há de se ponderar, também, que uma interpretação mais detida da própria Súmula n. 207 do Superior Tribunal de Justiça, conduz ao entendimento de que nem sempre é necessária a utilização dos embargos infringentes, a fim de dar por esgotadas as vias recursais ordinárias, pois o mesmo documento dispõe que é *incabível recurso* especial quando cabíveis *embargos infringentes*. Esse cabimento, ao que parece, deve passar pela análise das questões aqui levantadas.

Tal posição é reforçada pelas seguintes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, as quais foram proferidas à esteira da própria Súmula 207. Eis as ementas:

“Processual. Recurso Especial. Admissibilidade. Decisão não-unânime. Embargos infringentes. Descabimento. FGTS. Correção monetária. IPC. Termo inicial.

Somente são cabíveis embargos infringentes quando suas razões estiverem fundadas no voto dissidente e se o embargante pretender fazer predominar, no novo julgamento, os fundamentos defendidos no voto vencido. Inexistindo interesse da parte em que prevaleça o voto vencido, é admissível a interposição do recurso especial contra a decisão não-unânime.

É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a correção monetária dos saldos de contas vinculadas ao FGTS, deve levar em conta o IPC de

fevereiro de 1991 no percentual de 14,87%, já deduzidos os 7% da TR.

Recurso provido.” (Resp 260182/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado no DJ 18/9/00, p. 110).

“Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Interposto pelo *Parquet* contra acórdão proferido por maioria de votos. Esgotamento das vias ordinárias. Inaplicabilidade do Enunciado n. 207-STJ. Tráfico de entorpecentes. Crime equiparado a hediondo. Progressão de regime prisional em face da Lei 9.455/97. Impossibilidade. Lei 8.072/90, art. 2º, § 1º.

Os embargos infringentes e de nulidade, previstos no art. 609, par. único do CPP, só podem ser interpostos em favor do réu, razão pela qual incabível exigir-se o esgotamento da instância quando o inconformismo do “Parquet” objetiva situação mais gravosa.

(...)” (Resp 274541/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, publicado no DJ de 05/3/01, p. 219).

## 5. Conclusão

Como visto, o sistema recursal surge da necessidade imanente à condição humana, seja pelo reconhecimento da falibilidade dos responsáveis pela prestação jurisdicional, seja pelo fator psicológico de insurgência e irrisignação, quando algo não estiver atendendo ao seu interesse.

O sistema recursal adotado pela Lei Processual pode ser dividido em ordinário e excepcional.

O ordinário, em que onde o reexame da matéria fática e legal ocorre de forma mais abrangente.

Já o excepcional é devido ao fato de que esses recursos somente podem ser interpostos quando houver uma questão constitucional (recurso extraordinário) em debate no julgado nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal, e/ou uma questão infraconstitucional (recurso especial), conforme o art. 105, III, da Carta Fundamental. A sua admissibilidade é mais restrita, haja vista que objetiva uniformizar os entendimentos a respeito do Direito Constitucional e/ou infraconstitucional envolvidos nos julgados, desde que preenchidos os pressupostos processuais exigidos.

No referente aos pressupostos recursais, temos os gerais e os especiais.

Os pressupostos recursais gerais são aqueles que devem estar presentes em todo e qualquer recurso. Basicamente, são os seguintes: recorribilidade do ato decisório, legitimidade, interesse recursal, tempestividade, depósito e recolhimento das custas (Preparo), adequação e singularidade recursal e observância das formalidades legais.

No referente aos pressupostos especiais para a interposição de determinado recurso, podem ser considerados aqueles inerentes a cada espécie recursal.

Os recursos especial e extraordinário são os que mais exigem a observância de pressupostos especiais. Podem ser enumerados, como regra, os seguintes pressupostos especiais: prévio esgotamento das instâncias recursais ordinárias; necessidade do prequestionamento; enquadramento específico nas hipóteses arroladas nas alíneas do inciso III do art. 102 da CF (recurso extraordinário), idem nas alíneas do inciso III do art. 105 (recurso especial); e observância da inexistência de fundamento suficientemente capaz de prejudicar o recurso especial em face do recurso extraordinário e vice-versa (Súmulas n. 283 e n. 126, respectivamente do Supremo Tribunal Federal, e do Superior Tribunal de Justiça).

Especificamente, no tocante ao cabimento dos embargos infringentes, após a edição da Lei n. 10.352, de 26/12/2001, houve uma restrição quanto à possibilidade de utilização desse recurso, pois do acórdão de apelação somente será cabível se ocorrer reforma da sentença de mérito e, logicamente, se existir voto vencido favorável ao sucumbente. Quando o acórdão mantiver no julgamento da apelação, mesmo por maioria, a sentença de mérito, não serão mais cabíveis os embargos infringentes.

No referente à ação rescisória, os embargos infringentes só poderão ser utilizados, pela parte sucumbente, caso o acórdão não-unânime julgar procedente a ação rescisória, e o voto vencido atender aos inte-

resses da parte que sofreu a sucumbência. Na mesma linha da apelação, se porventura o julgamento for pela improcedência da ação rescisória, ou seja, mantiver a decisão rescindenda, mesmo existindo voto vencido a favor da parte sucumbente, não será possível a utilização do recurso de embargos infringentes.

Esse recurso está vinculado ao limite da divergência, contida na parte conclusiva do voto vencido. As matérias de ordem pública, ainda que não estejam inseridas no âmbito devolutivo deste recurso, ou seja, não se incluam nos limites da divergência, poderão ser apreciadas no julgamento dos embargos infringentes.

Além da decisão da apelação e da ação rescisória, são cabíveis embargos infringentes: em reexame necessário; restritamente, em agravo de instrumento, quando houver extinção do processo com ou sem julgamento do mérito; em embargos de declaração do acórdão da apelação e da ação rescisória, quando houver caráter infringente.

Em face do caráter célere e rito especial do mandado de segurança, não cabem embargos infringentes do acórdão que decide a apelação e/ou remessa oficial.

Por fim, como visto, o texto constitucional e legal exigem, para a interposição de recurso excepcional, o prévio esgotamento dos recursos ordinários cabíveis.



No que se refere ao recurso de embargos infringentes, por estar na cadeia dos recursos ordinários, precisa ser utilizado, sob pena de não-admissão dos recursos especial e extraordinário. Inclusive a esse respeito, a Súmula n. 207 do Superior Tribunal de Justiça é clara: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra acórdão proferido no tribunal de origem.”

Num juízo de admissibilidade precipitado, ou seja, simplista, poderá ser entendido que, caso o recorrente ingresse diretamente com o recurso excepcional, isto é, sem a utilização dos embargos infringentes, ao mesmo lhe falta o preenchimento de um dos pressupostos específicos para o prosseguimento deste recurso, que é o esaurimento dos recursos ordinários. Entretanto, essa análise perfunctória, ao que parece, não pode prosperar, em virtude de que nem sempre o voto vencido atende aos interesses jurídicos do recorrente (sucumbente).

Por outro lado, poder-se-ia aventar que, como é uma imposição legal o esgotamento dos recursos ordinários, a parte sucumbente deve ingressar com os embargos infringentes, malgrado não lhe atender os anseios, e, posteriormente, mesmo que o Tribunal dê provimento, teria fundamento legal à interposição do recurso excepcional, para, daí sim, buscar o bem da vida almejado. Ao que parece, entretanto, essa posição não pode subsistir e resistir fren-

te aos princípios e pressupostos exigidos para a parte ingressar e ter êxito na admissibilidade, no processamento e no julgamento do recurso interposto, como: a instrumentalidade, a celeridade processual, a economicidade processual, a preclusão processual, a sucumbência, o interesse recursal, a unirrecorribilidade (singularidade) e a legitimidade, entre outros.

Assim, há condições de sustentar, com consistência, que o recurso de embargos infringentes somente deva ser utilizado em acórdão por maioria, quando o voto vencido realmente atenda, integralmente, aos interesses da parte sucumbente. Do contrário, ocorrerá a situação em que a parte terá apenas: ou aceitar aquilo que o voto vencido lhe defere, logicamente quando provido o recurso de embargos infringentes, ou torcer para que estes sejam improvidos e, então, ter interesse recursal na utilização do recurso excepcional, a fim de pleitear aquilo que deseja.

Essas colocações ganham mais reforço quando se analisa a situação em que são partes sucumbentes a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, representados pelos seus procuradores legais, e o Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, porquanto essas Entidades não podem dispor do patrimônio público e dos interesses jurídicos em jogo na demanda.

Felizmente, à luz dos acórdãos acima transcritos do Superior Tribunal de Justiça, a tese aqui desenvolvida em relação à necessidade ou não da utilização dos embargos infrin-

gentes para habilitar a interposição de recurso excepcional ganha relevo, até por que uma análise mais acurada dos termos da Súmula n. 207-STJ nos conduz a essa interpretação.

## Bibliografia

- ALVIM, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRANDA, Gilson Delgado e PIZZOL. Patrícia Miranda. *Fundamentos Jurídicos – Processo Civil – Recursos*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NERY, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos Recursos Especial e Extraordinário*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. *Recursos no Código de Processo Civil e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis – Doutrina e Jurisprudência*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Colaboradores. *Aspectos Polêmicos e Atuais do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.